Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

arten, die keine Verpflichtung mit ſich führen, alſo z. B. auch von der Schenkung, auf ſo viele und ſo mannigfaltige Art dieſelbe gedacht werden kann.

## IV.

## Beiträge zur rechtlichen Erörterung des Satzes qui excipit, non fatetur.

Von dem Herrn K. Pr. Juſtizrathe J. T. Werner in Wezlar.

Es kömmt bei dem vielbeſprochenen Satze vorzüglich auf fr. 9. D. de exc. und L. 6. Cod. de exc. an.

Wenn man das in der erſten Geſetzesſtelle vorkommende Wort: *utique* mit „ſchlechterdings“ oder »allerdings« [1]) für gleichbedeutend nimmt und in dieſer Bedeutung kommt es auch bei Johann Calvin oder Kahl in ſeinem bekannten juriſtiſchen Lexikon bei dieſem Wort vor, indem es dort heißt: *Utique* Latinis idem sonat, quod *omnino*, oder wenn man daſſelbe mit *Vicat* in dem ebenfalls bekannten Wörterbuche für eben ſo viel, als: *certe* — erklärt, in welchem Sinne es in L. 16. D. de rei vind. nach ihm, Vicat, genommen werden ſoll; ſo würde ſich die Erklärung dahin geſtalten: — Derjenige, der, ohne die Behauptung ſeines Gegners weder beſtimmt zuzugeſtehen, noch ſolche in beſtimmte Abrede zu ſetzen, blos von zerſtöhrlichen Einreden wider die gegneriſchen Behauptungen Gebrauch macht, wird nicht ſo angeſehen, als habe er aller- oder

1) S. Schellers bekanntes lateiniſches Wörterbuch bei dem Wort *utique*. In dieſem Sinne iſt es auch in fr. 142. D. de R. J. und in C. 44. eod. in 6to genommen. S. auch *Gothofr.* Comment. ad L. 142. D. de R. J.

schlechterdings oder mit bestimmter Gewißheit und recht eigentlich die Intention seines Gegners ein bekennt; —

Es giebt nämlich peremtorische Einreden, von denen man, ohne die größte Inconsequenz mit dem Zweck, wesfalls man sich ihrer bedienet, gar keinen Gebrauch machen könnte, wenn man, durch Opposition derselben, nicht an sich schon die Wahrheit der gegnerischen Thatsätze, als unbestreitbar und mithin keiner besonderen Anerkennung durch ein förmliches Eingestehen oder Bekennen bedürfend, voraussetzte.

Ein solches in der Sache selbst enthaltenes Anerkenntniß ist aber demohngeachtet kein eigentliches Eingeständniß oder Bekenntniß, denn ein Bekenntniß liefert für den fordernden oder klagenden Theil den vorzüglichsten Beweis und enthält ein Zeugniß des Bekennenden wider sich selbst, (Confessio regina probationum est *et testificatio* contra se ipsum facta [2]). — Um aber den vorzüglichsten Beweis zu geben, muß es die möglichste Bestimmtheit enthalten, die es nur durch eine förmliche Ablegung vor dem einschlagenden Richter bekommen kann — und soll der Bekennende, als Zeuge wider sich in eigener Sache, mit fremden Zeugen auf gleiche prozeßrechtliche Linie gestellt werden; so muß sein Zeugniß in eigener Sache eben so bestimmt und unzweifelhaft beschaffen seyn, wie die Aussagen oder die Bekenntnisse fremder Zeugen in fremden Sachen, um damit beweisen zu können.

Dasselbe drückt auch die oben angeführte Stelle des kanonischen Rechts, so wie eine andere c. 63. de R. J. in 6to aus; daß aber darum, weil dergleichen Anerkenntnisse, wie sie vorhin bezeichnet wurden, keine eigentlichen Eingeständnisse oder Bekenntnisse bilden, auf sie weiter nichts ankommen, — sondern dem Kläger jetzt der Beweis seiner Klage auferlegt werden soll, scheint wohl zu weit zu gehen,

2) Knorr Anleit. z. gerichtl. Prozeß 10. Hauptstück §. 1. S. 124.

denn, außer dem Beweis durch Geständniß (*confessio*) giebt es ja bekanntlich auch Beweis durch Ueberführung (*convictio*), welcher auf unkünstliche, oder künstliche Art durch Zeugen, Eid, oder logische Schließconsequenz geführt wird.

Kann also ein in einer zerstöhrlichen Einrede enthaltenes Anerkenntniß der vorhin gedachten Art gleichwohl nicht als ein eigentliches Bekenntniß angesehen werden, indem die angeführten Gesetzesstellen solches verwehren; so läßt sich doch immer noch, unter der Form einer in ihm liegenden künstlichen Conviction des Beklagten [3]), der Vortheil für den Kläger daraus ziehen, daß derselbe, auf den Grund einer solchen Conviction, von der Last des Beweißes seiner Klage befreiet und der Beklagte, zwar nicht als confessus, wohl aber als *convictus*, ihm, dem Kläger, verurtheilt werden muß. —

Dieser Vorstellungsart ist auch das Fr. 9. D. a. a. O. nicht entgegen, denn es verbietet blos zerstöhrliche Einreden als Geständnisse zu behandeln, schließt daher deren Behandlung und Betrachtung als Convictionsbeweis nicht aus, nach der bekannten Regel: Unius positio, non est alterius exclusio. — Die C. 9. C. de except. von den Worten an: „Nam si etiam de intentione *dubitas*, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam petitor probaverit, huic esse locum

3) So wie nämlich jemand, auch wider Willen, Urkunden und Zeugen gegen sich gelten lassen muß; eben so muß er sich durch die Macht logischer Schlüsse, wozu er selbst die Vor- oder Vorderſätze geliefert hat, so lange für überwunden ansehen, bis er den Ungrund der Prämissen solcher Schlüsse nachzeigt. z. B. Er beweißt, daß die von ihm vorgetragene Thatsache, aus der man das argumentum convictorium wider ihn ziehen will, des Erfordernisses der Freiheit und Ernstlichkeit ermangelt. Vergl. v. Grolman. Theor. d. g. Verfahr. in b. R. Streitigk. §. 82. *a.* S. 142. Aufl. 2.

monstrari convenit« — redet nicht von dem hier fraglichen Falle, wenn jemand, ohne ausdrücklich zu gestehen, oder zu läugnen, lauter peremtorische Einwendungen entgegensetzt; sondern davon, wenn jemand die Angaben des Gegners bestimmt ausdrücklich bezweifelt und dabei gleichzeitig von zerstöhrlichen Einreden den Gebrauch macht [4]); da muß natürlicherweise der Beweis der Klage zuerst auferlegt werden, indem es einerlei ist, ob die Richtigkeit einer Rechtsforderung bestimmt abgeläugnet, oder auch nur bezweifelt werde.

Es stehet sonach die angeführte C. 9. nicht entgegen.

Desto bestimmter scheint das C. 6. x. de except. und das C. 63. de R. J. in 6to darwider zu seyn. — In ersterer Stelle macht der dort genannte Bischof Ansprüche auf die gleichfalls daselbst erwähnten Besitzungen, sowohl im Geistlichen als im Weltlichen. — Dieser Bischof hatte seine Ansprüche noch nicht erwiesen, da antwortete der Fürsprecher des in Anspruch genommenen Theils, wiewohl zu voreilig also: daß, wenn gleich die angesprochenen Besitzungen längst dem vorhin angegebenen Bischofthum unterworfen gewesen; so könne der Bischof solche doch nicht vindiciren, weil das daselbst genannte Kloster solche durch Eintausch jetzt an sich gebracht habe. — Der Bischof gründete

4) *Perez* ad Codicem L. 8. T. 36. No. 19. 20. setzt den Fall: Si reus intentionem actoris *neque fateatur, neque neget* — mit Unrecht dem Fall: si de illius probatione *dubitet*, gleich, wenn er dort sagt: Si autem reus intentionem actoris *neque fateatur, neque neget*, sed de illius probatione *dubitet*, gleich, als wenn das *dubitare* mit dem *negare* nicht von gleicher Wirkung wäre. — Der Fall eines völligen Schweigens, der in fr. 142. D. de R. J. und in C. 44. eod. in 6to weder zum Bekennen, noch zum Läugnen gerechnet wird, paßt aber nicht, denn, wo Prämissen zu einem Schlusse gegeben wurden, da hat man nicht geschwiegen. D. i. da hat man sich, weder verbis, noch factis, schweigend verhalten.

oder entleitete nun den Beweis seiner Ansprüche respective auf die Antwort und aus der Antwort des Gegners durch ein logisches Argument; daß, weil dieser sich auf einen Tausch berufe, er dadurch folgerecht zu bekennen scheine; daß er das angesprochene Besitzthum, als zur Zeit des Umtausches, dem ansprechenden Bischof für eigenthümlich zugehörend halte, indem nur Eigenthümer, oder die sich für solche ansehen, Tauschverträge in gutem Glauben miteinander abschließen. — Die darauf erfolgte Entscheidung besagt nun ausdrücklich; daß der Fordernde seine Ansprüche durch die erwähnte Antwort nichts weniger, als begründet habe, weil, wer eine zerstöhrliche Einrede vorschiebt, darum noch nicht so angesehen werden könne, als habe er des Gegners Intention einbekannt.

Da sich diese Entscheidung auf obige Antwort und diese auf das erwähnte logische Argument gründet; so ist damit auch die vis convictoria, die man, bei verworfener vi confessoria s. confessionis, darin noch, zu Gunsten des Klägers, finden könnte, gleichfalls verworfen; —

Es darf daher, nach kanonischem Prozeßrecht, dem man den Vorzug vor dem römischen einräumt, eine vorgeschützte zerstöhrliche Einrede, mit der weder eine bejahende, noch eine verneinende Kriegsbefestigung verbunden ist, ganz entschieden, weder als ein Zugeständniß, noch als ein logischer Ueberführungsbeweis wider den Vorbringer einer solchen Einrede behandelt werden [5].

Eine Confessio per consequentiam s. consecutiva (darin hätte die Stelle Recht) kann man nun wohl darum schwerlich annehmen, weil mit einem Bekenntniß die Absicht, freiwillig bekennen zu wollen, verbunden seyn muß, die logische Consequenz, welche aber, auch selbst wider freyen Willen, etwas nachzugeben, einzuräumen oder gelten zu

5) Thibaut Pandectensystem §. 1139. S. 68. des besonderen Theils 2r Band. Ausgabe 3. Jena 1809.

laſſen, uns dringt und nöthigt, kann daher nie die Natur eines Bekenntniſſes annehmen, wohl aber kann ſie das Weſen einer auch wider unſern Willen gegen uns geltenden Ueberführung enthalten, wenn, wie oben geſagt worden, eine Inconſequenz mit der Abſicht unſerer Einrede heraus käme, ſobald wir keine darin liegende Einräumung der Behauptung unſers Gegners anerkennen oder zugeben wollten und dies iſt gerade in der angegebenen kanoniſchen Geſetzesſtelle der Fall; — dort gründet der Excipient ſeine Einrede wider die erhobene Vindicationsklage auf einen Tauſch, vermöge deſſen hier das Eigenthum einer Sache um das Eigenthum einer andern Sache auf einen neuen Eigenthümer übergeht. — Will der Excipient alſo ſelbſt Eigenthümer der eingetauſchten Sache geworden ſeyn, worauf doch der Rechtsgrund ſeiner exceptio permutationis allein nur beruhen kann; ſo muß er ja, ſelbſt auch, wenn er es nicht frei wollte, mit Nothwendigkeit nachgeben, daß ſein Author, zur Zeit dieſes Umtauſches, Eigenthümer der vertauſchten Sache war;

Soll die Einrede in Rechten begründet ſeyn; ſo muß die gleichfallſige Rechtsbegründung der Klage nachgegeben werden, weil von dem juriſtiſchen Beſtehen der letzteren die erſtere urſächlich abhängt und alſo beide mit einander ſtehen und fallen [6]). —

Was hier von der exceptio permutationis geſagt worden, das gilt auch von der exceptio solutionis [7]), com-

6) Beiſpiele von Erklärungen durch Thatſachen, die wegen der überführenden Stärke ihrer logiſchen Conſequenz, den Bekenntniſſen, in ihrer Wirkung, gleichgeſetzt werden. S. in fr. 4. §. 5. u fr. 5. D. de his, qui notant. infam. fr. 4. D. de jure fisci. fr. 38. D. de jurejur. fr. 40. §. 1. D. de pact. fr. 7. D. de praevaricat. C. 5. C. de re judic. C. 2. de confessis in 6to.

7) Soll die in der exceptio solutionis enthaltene Vorausſetzung einer Schuldigkeit nicht gelten; ſo muß, um konſequent zu bleiben, die Zahlung, als ein indebitum, zurückgefordert, oder

pensationis [8]) und andern, die ſich nicht alle voraus bezeichnen, jedoch in einzelnen Fällen durch die Beurtheilungskraft des Richters finden laſſen. —

Konnte daher der kanoniſche Geſetzgeber hier kein Bekenntniß aus logiſcher Conſequenz, wie Recht, anerkennen; ſo konnte und mußte er doch, um des offenbaren Vorhandenſeyns dieſer Conſequenz willen, eine Ueberführung des Excipienten annehmen und nicht ſagen; der Kläger habe ſeine Intention nicht auf die dort geſchehene Art begründet; ſondern er mußte dieſelbe durch die vom Gegner vorgeſchützte oder vorgeſchobene Einrede des Umtauſches, als durch Conviction begründet, anerkennen und dem Excipienten den Beweis ſeiner Einrede des Umtauſches gleich primario auflegen. — Dies iſt in allen ſolchen Fällen auch dem Verhalten des Excipienten am angemeſſenſten, denn, wenn er dergleichen Einreden vorwendet, und nicht ausdrücklich dabei die Klage eingeſteht; ſo fühlt er, daß im Weſen ſeiner Einrede dieſes Einräumen der Klage ſchon liegt, mithin ein mit jener verbundenes beſtimmtes Eingeſtändniß der Letzteren überflüſſig ſeyn würde; in dem Falle der erwähnten Geſetzesſtelle war dieſes um deſto entſchiedener überflüſſig, weil der Fürſprecher mit den Worten:

Quod etsi dicta ecclesia *dudum* fuerit ecclesiae Sabinen. *subjecta*

ausdrücklich die letztgenannte Kirche, als vor der Zeit und zur Zeit des Umtauſches, rechtmäßige Verfügerin über die eingetauſchten Kirchengüter anerkannte.

---

für eine Donatio erklärt werden; Geſchiehet nichts dergleichen; ſo bleibt die Vorausſetzung einer Schuldigkeit zur geleiſteten Zahlung ſtehen.

8) Denn da die Compensatio verſchiedene debita *utrimque liquida* vorausſetzt; ſo liegt in der Einrede der Compenſation eine Behauptung der Liquidität ſeiner eigenen und ein Einräumen der Liquidität der gegentheiligen Forderung.

Hiernach laſſen ſich denn auch die verſchiedenen Anſichten der Schriftſteller beurtheilen; Perez a. a. O. findet in einem ſolchen Falle ein ſtillſchweigendes Bekenntniß [9]). Das Gegentheil behauptet *Voët* ad ff. L. 42. T. 2. 1. inf. und L. 44. T. 1. §. 56. Knorr a. a. O. 7. Hptſtck. §. 9. v. Grollmann Theor. des gerichtl. Verfahrens §. 174. S. 352. 5. 2te Aufl. ſagt: »wenn dieſe »(nämlich zerſtöhrliche Einreden) auch nur unter der Vor»ausſetzung der Einräumung der Klage gedacht werden können; »ſo iſt doch nichts dagegen, ſie als eventuelle Schutzmittel »gegen die Klage, wenn dieſe bewieſen ſeyn würde, zu be»trachten und dieß iſt der Geſichtspunct, von welchem unſere »Geſetze ausgehen, wenn ſie in der Vorſchützung der Einrede »an ſich keine Einräumung der Klage finden XLIV. 1. »fr. 9. Digest. Cod. VIII. 36. const. 9. 25. X. c. 6.«

Dieſe alle finden alſo kein Bekenntniß und letzterer gar kein Einräumen in einer allein und ohne Begleitung einer Litisconteſtation vorgebrachten zerſtöhrlichen Einrede nach den angeführten Geſetzen, ob er ſolche gleichwohl nicht anders, als unter Vorausſetzung der Einräumung der Klage denken kann; Eben in letzterem ſcheint v. Grolman den Convictionsbeweis ſchon geahnt zu haben. *Mevius* Decis. P. IV. D. 159. (und was die exceptionem solutionis in specie betrifft davon handelt P. VII. D. 128.) *Hellfeld* J. Forens. L. 42. T. 2. §. 1799. editio 2da. *Mevius* will nur dann in der exceptio solutionis a. a. O. ein Einräumen der Schuld finden, wenn auch der Kläger die Zahlung bekennt; Allein, wenn das letztere geſchieht; ſo iſt ja der ganze Streit am Ende und es kann dann nicht mehr gefragt werden, ob in der Zahlungseinrede ein Bekenntniß der Schuld liege. Giebt der Kläger aber die exceptionem

9) Ceterum (ſagt er) si puré exceptionem suam objecisset, de actoris intentione *tacite confessus* crederetur, eoque nomine suam exceptionem inprimis probare deberet.

solutionis nicht nach; ſo muß ſie der Beklagte erweiſen, weil, indem das Vorſchützen dieſer Einrede, daß eine Schuld, vor der Tilgung durch Zahlung, beſtanden habe, nothwendig unterſtellt, aus dem Mangel dieſes Beweiſes der Zahlung, daß die Schuld jetzt noch beſtehe, nothwendig folgt, indem die Solutio und was ihr geſetzlich gleich kommt, ein modus tollendi obligationem iſt, in Ermangelung des Beweiſes derſelben, mithin die obligatio ſelbſt noch beſtehet.

Mehr Allegate mag ich nicht anbringen, indem dieß nichts beiträgt und man ſie ohnehin alle kennt. — Als Reſultat würde nun folgen:

I) Da der confessus in jure, zufolge Fr. 1. D. de confess. pro judicato i. e. quodammodo sua sententia damnato sit, die confessio in jure aber jetzt keine Verurtheilung, ſondern nur einen Beweis zur Verurtheilung begründet und dieß durch eine testificatio contra se ipsum thut, der Zeugenbeweis jedoch zur Conviction gerechnet wird; ſo fällt, in dieſer Hinſicht, confessio und convictio in eins zuſammen und bilden keine Gegenſätze, was daher von der einen gilt, das gilt folglich auch von der andern; — Kann alſo die Vorſchiebung bloßer peremtoriſcher Schutzreden nicht als confessio in dem beziehenden Falle gelten; ſo fällt ſie auch daſelbſt als convictio hinweg;

Betrachtet man dagegen

II) Die confessio, als der convictio entgegengeſetzt, und vice versa, welche Vorſtellungsart auch überall den Prozeßgeſetzgebungen über beide zu Grunde liegt; ſo iſt eine zerſtöhrliche Einrede, darin man keine confessio finden darf, darum nicht zugleich auch als convictio zu verwerfen;

Dieſe Unterſcheidung dürfte, bei Geſetzgebungsformen, vielleicht die verdiente Rückſicht finden, wenigſtens erinnert ſich der Verfaſſer aus ſeiner civiliſtiſchen Praxis; daß man in den geeigneten peremtoriſchen Einreden, womit keine Litiscontestation ausdrücklich verbunden war, unbedenklich ein Geſtändniß fand; Dieß war nämlich der Fall, als einem

Schwiegervater, auf des Schwiegersohns Verlangen, die Fassung eines Inventars über der verstorbenen respective Tochter und Frau mütterliches Vermögen auferlegt ward.

Der Schwiegersohn tadelte daran; daß das Ruthenmaß der Feldgüter zu gering darin angegeben sey, indem jeder Acker so und soviel an Ruthenzahl enthalte und damit in das Inventar aufgenommen werden müsse; wogegen der Schwiegervater aber bemerkte; daß das vom Schwiegersohn geforderte Mehr an diesen Aeckern nicht in das Inventar gehöre, indem solches sein, des Inventarstellers, Eigenthum sey. — Hierin wurde ein Anerkenntniß, daß das Ackermaß zu gering angegeben worden sey, gefunden, oder vielmehr die Erklärung des Schwiegervaters als ein solches Anerkenntniß behandelt und dem Schwiegervater der Beweis auferlegt; daß das Nichtangegebene sein Eigenthum sey; der Sachführer des Schwiegervaters remonstrirte blos dagegen unter Beziehung auf die Textgesetzesstellen der gegenwärtigen Abhandlung; dieß war wohl eine mehr advokatische Rechthaberei, als eine ernstliche Meinung, indem der remonstrirende Advokat wohl wußte, das bloßes Remonstriren die Sentenz nicht änderte, sondern Berufung an den höheren Richter eingelegt und verfolgt werden müßte, was er aber gerade unterließ und dadurch zu erkennen gab, daß diese Ansicht seine Parthei ent-

10) Ein Theil der Abstimmenden fand, nur in Hinsicht des vom Schwiegersohne behaupteten Ruthenmaßes, in des Schwiegervaters Erklärung darauf, ein Geständniß; Dagegen rücksichtlich der Frage; ob das zugegebene Mehr dieses Ruthenmaßes in das Inventar gehöre, oder nicht, ward eine verneinende Erklärung dieses Schwiegervaters, und zwar, wie es dem Vfr. scheint, mit überwiegendem Recht, angenommen und darauf die Beantragung gegründet; nicht dem Schwiegervater den Beweis, daß das fragliche Mehr, als sein Eigenthum, nicht in das Inventar gehöre; sondern vielmehr dem Schwiegersohn den Beweis, daß dieses Mehr zum mütterlichem Vermögen, mithin allerdings in das Inventar gehöre, aufzulegen.

weder nicht gravire, oder doch der Sieg in oberer Instanz nicht unzweifelhaft gewiß und also des Daranwagens vermehrter Prozeßkosten nicht entschieden werth sey.

## V.

## Ueber die Wirkung der Klagenverjährung auf das, der Klage zu Grunde liegende Recht.

Von Herrn Professor Guyet in Heidelberg.

Aus der ganzen Lehre von der Verjährung der Klagen ist eine, bisher meistens mit auffallender Vernachlässigung behandelte, und doch für die Praxis keinesweges unbedeutende Frage die, ob, nach völliger Zerstörung des Klagrechtes durch die Nichtanstellung der Klage während eines gewissen Zeitraumes, das der Klage zu Grunde liegende, und sie veranlassende Recht gleichfalls gänzlich erloschen sey, welche Frage denn sowohl auf persönliche als auf sogenannte dingliche Rechte anwendbar ist, insofern bei letzteren nicht eine Usucapion der einschlägigen Sache concurrirt — oder ob nicht vielmehr auch nach verjährter Klage, das Recht desjenigen, welcher jetzt des Schutzmittels der Klage dafür beraubt ist, zur Aufstellung von Einreden, (welche im Allgemeinen an sich unverjährbar sind) zur Compensation, und zur Retention noch benutzt werden könne, wenn im letztgedachten Falle der, gegen die Klage gesicherte Schuldner aus Irrthum doch gezahlt hat, und jetzt die condictio indebiti anstellen will. Soviel dem Verf. gegenwärtigen Aufsatzes bekannt ist, hat namentlich die ältere Praxis diese Frage, wie es scheint, gar nicht in Berücksichtigung gezogen, und nur hier und da, ganz gelegentlich, eine oder die andere davon abhängende rechtliche Anwendung gemacht; in neuerer